

Este documento está publicado en:

Parejo Alfonso, L. (2009). La Directiva Bolkenstein y la Ley paraguas: ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado “autoritativo”? *Revista Española de Derecho Europeo, parte Estudios*, 32, pp. 431-467 . Recuperado de la base de datos Aranzadi: <http://www.aranzadidigital.es>

La Directiva Bolkenstein y la Ley paraguas: ¿Legitima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado "autoritativo"?

[BIB 2009\1806](#)

Luciano Parejo Alfonso.

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid

Publicación: Revista Española de Derecho Europeo num.32/2009 parte Estudios

Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2009.

I . La directiva bolkenstein y su impacto en el ordenamiento interno

1 . Las ideas-fuerza y las características de la Directiva

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (conocida, coloquial y abreviadamente, como Directiva Bolkenstein)¹ está lejos de ocultar su ambicioso objetivo: la realización efectiva (en el horizonte del año 2010) del *mercado interior de servicios* mediante i) la supresión inmediata de aquellas *barreras* a su funcionamiento susceptibles de ser eliminadas rápidamente y ii) el desarrollo para las restantes del pertinente proceso de reconsideración; objetivo, a cuyo servicio formaliza un *marco jurídico general* que, según ella misma, beneficia a una amplia gama de servicios y pretende garantizar un *elevado grado de integración jurídica en la CE*². Los términos que utiliza son de suyo expresivos del planteamiento del que parte: en cuanto «barreras», las normas administrativas nacionales existentes se ofrecen indiscriminadamente bajo la faz negativa de obstáculos improcedentes; consecuentemente, la organización, las técnicas y los procedimientos administrativos ejecutivos de aquéllas, aludidos como «sistemas nacionales de regulación», aparecen precisados de una genérica «modernización»; y el nuevo marco jurídico comunitario, por tanto, «beneficia» necesariamente de forma neta a las actividades de prestación de servicios. La integración jurídica (que no armonización y, menos aún, mera coordinación de las normas nacionales, como luego se verá) así propiciada, incide de manera muy significativa desde luego en los esquemas nacionales de intervención administrativa de las referidas actividades, es decir, en la lógica de la policía administrativa de éstas. Así lo revela la simple lectura del cuerpo prescriptivo de la Directiva, cuya mayor parte está dedicada bien directamente a la *simplificación administrativa*³, bien –a propósito de las libertades de establecimiento y prestación (capítulos III y IV)– a *las autorizaciones*⁴, la prohibición de discriminación, las restricciones prohibidas y la asistencia a los destinatarios.

¹ DO L376 de 27.12.2006, pgs. 36-68.

² Dice textualmente el Considerando 7º de la Directiva: «La presente Directiva establece un *marco jurídico general que beneficia a una amplia gama de servicios* sin por ello descuidar las peculiaridades de cada tipo de actividad o de profesión y de sus respectivos sistemas de regulación. Este marco se basa en un enfoque dinámico y selectivo, consistente en *suprimir de forma prioritaria las barreras que se pueden eliminar rápidamente* y, respecto a las demás, *iniciar un proceso de evaluación, consulta y armonización complementaria de cuestiones específicas para permitir modernizar de forma progresiva y coordinada los sistemas nacionales de regulación de las actividades de servicios, operación que es indispensable para realizar un auténtico mercado interior de servicios de aquí a 2010*. Conviene prever una combinación equilibrada de medidas relativas a la armonización selectiva, a la cooperación administrativa, a la disposición sobre la libre prestación de servicios y al estímulo para la elaboración de códigos de conducta sobre determinadas cuestiones. Esta coordinación de las legislaciones nacionales debe *garantizar un elevado grado de integración jurídica comunitaria* y un alto nivel de protección de los objetivos de interés general y, especialmente, la protección de los consumidores, que es indispensable para establecer una confianza entre los Estados miembros. La presente Directiva también tiene en cuenta otros objetivos de interés general, incluida la protección del medio ambiente, la seguridad pública y la salud pública y la necesidad de ajustarse al Derecho del trabajo» (la cursiva es del autor). El diagnóstico al que responde la medida aparece claramente formulado en los considerandos 2 y 3: «(2) Para fomentar el *crecimiento económico* y la *creación de puestos de trabajo* en la Unión Europea resulta *esencial un mercado competitivo de servicios*. Actualmente, hay un *gran número de barreras en el mercado interior* que impiden a los prestadores, en particular a las pequeñas y medianas empresas (PYME), extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse

plenamente del mercado interior. Ello debilita la competitividad global de los prestadores de la Unión Europea. Un *mercado libre que obligue a los Estados miembros a suprimir las barreras para la circulación transfronteriza de servicios* y que, al mismo tiempo, ofrezca a los consumidores mayor transparencia e información, proporcionaría a los consumidores más posibilidades de elección y unos servicios a precios más bajos». «(3) En el informe de la Comisión sobre "El estado del mercado interior de servicios" se hace un *inventario de un gran número de obstáculos que impiden o frenan el desarrollo de los servicios entre los Estados miembros* y, especialmente, de los servicios prestados por las PYME, tipo de empresas predominante en el sector de servicios. En el informe se llega a la conclusión de que, diez años después de lo que debería haber sido la realización del mercado interior, existe todavía un *gran desfase entre la existencia de una economía integrada para la Unión Europea y la realidad vivida por los ciudadanos y los prestadores de servicios europeos*. Los obstáculos afectan a una amplia gama de actividades de servicios, así como a la totalidad de las etapas de la actividad del prestador, y presentan numerosos puntos en común, incluido el hecho de *tener su origen con frecuencia en un exceso de trámites administrativos*, en la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas y en la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros» (la cursiva es del autor).

3 El entero capítulo II está dedicado a esta cuestión, abordando los procedimientos administrativos, la ventanilla única, el derecho de información y los procedimientos vía electrónica.

4 Abordando, en relación con la libertad de establecimiento, los regímenes de autorización, las condiciones para la concesión de autorizaciones, la duración de éstas, la selección entre varios candidatos (en caso de limitación del número de autorizaciones), el procedimiento para el otorgamiento de las autorizaciones y los requisitos prohibidos y sujetos a evaluación.

La Directiva es, pues, claramente:

a) Una norma materialmente no tanto del mercado interior (su funcionamiento), como de política económica de primera importancia⁵ y carácter transversal, que –gracias a la amplitud de la noción de servicios que asume⁶– tiene un muy extenso ámbito de aplicación y se legitima en la simultánea y paradójica invocación, de un lado y en sentido estimativo, aunque genérico, a la libre competencia en el mercado en abstracto⁷ (todo el y no sólo en su dimensión transnacional) y, de otro y en sentido negativo, es decir, para desacreditarla, precisamente por genérica, a las «exigencias de la economía nacional sin otras precisiones», considerada inidónea, así, para tener una eficacia parecida a la de la libre competencia en las aludidas ponderaciones.

5 En cuanto busca la optimización de una parte muy significativa del mercado de los servicios en aras del desarrollo de una parte más que significativa del sistema económico a escala tanto nacional como europea. No trata la Directiva, en efecto, de eliminar trabas determinadas e identificadas como obstáculos al disfrute de las correspondientes libertades en los intercambios transnacionales o de evitar efectos distorsionantes de tales intercambios derivados de normas nacionales, todo ello en relación con específicos servicios. Trata más bien de la refacción general (a partir de un modelo) de las condiciones del mercado en cualesquiera actividades de servicios para mejora de su funcionamiento en beneficio del crecimiento de la economía. El considerado 4º de la Directiva no deja lugar a dudas al respecto: «(4) A pesar de que los servicios son el motor del crecimiento económico y de que representan un 70 % del PIB y de los puestos de trabajo en la mayoría de los Estados miembros, esta fragmentación repercute de forma negativa en el conjunto de la economía europea y, especialmente, en la competitividad de las PYME y la circulación de los trabajadores, al tiempo que impide que los consumidores accedan a una mayor variedad de servicios a precios competitivos. Es importante señalar que el sector de los servicios es clave para el empleo, sobre todo de las mujeres, por lo que éstas pueden aprovechar en gran medida las nuevas oportunidades ofrecidas por la plena realización del mercado interior de los servicios. El Parlamento Europeo y el Consejo han puesto de relieve que la eliminación de los obstáculos jurídicos que impiden el establecimiento de un auténtico mercado interior es prioritaria para conseguir el objetivo fijado por el Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, de mejorar el empleo y la cohesión social y alcanzar un crecimiento económico sostenible con el fin de hacer de la Unión Europea la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo de aquí al año 2010, con más y mejores empleos. La supresión de estos obstáculos, al tiempo que preserva un modelo social europeo avanzado, es una condición esencial para superar los problemas ligados a la puesta en práctica de la estrategia de Lisboa y dar un nuevo impulso a la economía europea, especialmente en términos de empleo e inversión. Es importante, por consiguiente, realizar el mercado interior de los servicios con el debido equilibrio entre la apertura de los mercados y la preservación de los servicios públicos, los derechos sociales y los derechos de los consumidores» (la cursiva es del autor). La afirmación que se hace en el texto es igualmente válida desde el punto de vista de la economía española: Según se recoge en el dictamen 2/2008, de 20 de noviembre, emitido por el Pleno del Consejo Económico y Social sobre el anteproyecto de Ley sobre libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios (elaborado para transponer la Directiva y ya convertido en proyecto de Ley por el Gobierno): «El sector servicios es un importante motor del crecimiento y creación de empleo en España y en Europa, al mismo tiempo que ha sido el sector que ha experimentado un mayor desarrollo en los últimos años en ambos escenarios. De esta manera, en España, es el sector de mayor importancia cuantitativa por su peso en el PIB (66,7 por 100) y empleo total (66,2 por 100), y de él dependen de manera decisiva el crecimiento y la competitividad del resto de ramas de actividad. En concreto, las actividades de servicios que se ven afectadas por el Anteproyecto suponen el 87 por 100 del valor añadido del sector servicios en España y representan más

del 50 por 100 del empleo total de la economía española .Más allá de este peso relativo, el sector servicios tiene una importancia estratégica en el conjunto de la economía. Los efectos del Anteproyecto no se limitarán por lo tanto a las actividades de servicios, por el contrario, incidirán en el conjunto del sistema económico . Según el análisis del impacto económico realizado en la Memoria económica del Anteproyecto, éste inducirá mejoras en la producción y el empleo y reducirá las tensiones inflacionistas. Asimismo, dicha Memoria concluye que los agentes más directamente beneficiados serán las empresas, especialmente las pymes, que verán reducidos sus costes y ampliadas sus posibilidades de mercado; los consumidores y usuarios de servicios, que accederán a una gama más amplia de servicios de mejor calidad y a menor precio; y las Administraciones públicas, que cabe esperar que deban asumir algunos costes de ajuste, pero que, a medio plazo, se beneficiarán de los recursos liberados por los procesos de simplificación administrativa y la utilización de medios telemáticos y supondrá también ahorros de costes para éstas» (la cursiva es del autor).

6 El artículo 4 de la Directiva define «servicio» como cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 TCE. De ahí que, disponiendo su artículo 2, la aplicación sin más de la Directiva a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro, ese mismo precepto se vea obligado a precisar el ámbito de aplicación mediante el doble procedimiento de la enumeración de los concretos servicios –entre ellos los de interés general y los que ya cuentan con una regulación comunitaria específica– excluidos de aquél y los aspectos o dimensiones (internacional, penal, laboral y fiscal, así como el atinente a los derechos fundamentales). Véanse igualmente los Considerandos 33º y 36º, relativos, respectivamente, a los servicios y los prestadores de éstos. De la amplitud del ámbito de aplicación de la Directiva da cuenta su Considerando 6º cuando señala: «Conviene que lo dispuesto en la presente Directiva sobre la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios se aplique siempre que las actividades de que se trate estén abiertas a la competencia y, por tanto, no se obligue a los Estados miembros ni a liberalizar servicios de interés económico general ni a privatizar entidades públicas que presten este tipo de servicios, ni a abolir los actuales monopolios para otras actividades o determinados servicios de distribución». Lo que significa que los servicios de interés económico general (y su organización) y los monopolios legítimamente establecidos marcan el límite negativo del referido ámbito de aplicación.

7 Libre competencia entendida, pues, como situación ideal en el mercado como institución, pues no hay referencia aquí a los concretos mercados de las diferentes y heterogéneas actividades de servicios. Y, por tanto, como valor o bien capaz de imponerse, asimismo genéricamente y en los términos del «marco jurídico general» que se establece, en cualesquiera ponderaciones que pudieran demandar cualesquiera otros valores o bienes con presencia en los diversos subsectores de servicios.

b) Una norma, además, de desregulación que no de liberalización (pues las actividades de servicios a que se refiere son las que se prestan ya en el mercado), que, para cumplir su objetivo, parte de un concepto de «obstáculo ilegítimo a la libre competencia en el mercado» tan amplio que pone bajo sospecha de obstaculización (restricción indebida) cualquier regulación jurídico-pública del acceso al mercado de las actividades de servicios o de ejercicio de éstas, es decir, lo que en principio no es otra cosa que ordenación del uno y el otro para su inserción armónica en el sistema de convivencia colectiva en función de los restantes bienes y valores en presencia . Considera como tal, en efecto, cualquier regulación jurídico-pública que pueda implicar un desincentivo (obviamente desde la perspectiva del sujeto correspondiente) para el inicio o el desarrollo de una determinada actividad. Y lo hace, además, en términos desbordantes de la habilitación que invoca , en cuanto limitada ésta a la facilitación del acceso al ejercicio de actividades de servicios en el mercado común interior, es decir, con dimensión transnacional.

c) Y, por ello, también una norma de sustancial y radical reconversión del sistema administrativo de control de las actividades de servicios , mediante: i) supresión –salvo excepciones estrictas y limitadas– de la policía administrativa preventiva, dando por supuestos la existencia y el funcionamiento de una policía de supervisión y control ex post ; al punto de que su marco jurídico general ha suscitado en algún autor la idea de «un nuevo Derecho administrativo»⁸; y ii) el establecimiento de un marco jurídico de referencia que erige el principio (comunitario) de proporcionalidad en criterio de medida de los regímenes estatales de policía administrativa en la materia, sin atender ella misma minimamente, sin embargo, sus exigencias .

⁸ T. R.FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ha titulado su trabajo sobre la Directiva publicado en el número 22 de la Revista Española de Derecho Europeo justamente «un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior de europeo».

Se entienden estas características en el contexto en el que la Directiva surge; contexto, que no es otro que la estrategia de Lisboa, en el que domina la idea de la preferencia general de la autorregulación en el seno del mercado que la inspira⁹. Ocurre que, entretanto, las disfunciones y los excesos propiciados por la desregulación de los mercados han conducido a la actual situación de la economía mundial y, con ello, han hecho perder al argumento consistencia y vigor y, por tanto, fuerza de convicción y eficacia legitimadora, justamente en el período establecido para la transposición de la Directiva, es decir, su ejecución en el escalón estatal. Y ello, al punto de suscitar incluso la duda de si la referida situación económica no va a propiciar renunciencias y resistencias a su «ejecución» plena y efectiva e, incluso, en sede comunitaria, a un cierto relajamiento del celo en la exigencia de su cumplimiento.

⁹ Lo que explica que la norma haya podido superar las controversias que la rodearon y aún las resistencias de que, a pesar de todo, fue objeto, corroborando la afirmación que se hace en el texto.

Aunque tampoco sería de este lugar, no es ya el momento, sin embargo y como puede fácilmente comprenderse, para valoración alguna de la pertinencia, oportunidad y acierto de la Directiva en cuanto medida de política económica. Pero, los términos en que aparece diseñada y la trascendencia de su impacto en los ordenamientos nacionales, autoriza, si es que no obliga –sin por ello cuestionar el objetivo perseguido– a un análisis de la regularidad jurídica de la instrumentación de la medida y de sus consecuencias tanto en el propio Derecho comunitario, como en el nacional, es decir, del cómo de la desregulación.

Las reflexiones que siguen se ocupan, pues, no del fin perseguido, sino de los medios utilizados para alcanzarlos. Porque la repercusión en el escalón estatales, en todo caso y como se ha adelantado, enorme y de porte constitucional. Sirvan de fundamento por ahora a tal afirmación la conclusión de E.LINDE¹⁰ de que supone la liquidación del establecido sistema «autoritativo» (o de policía administrativa mediante autorización previa), productora de cambios en los órdenes normativo¹¹, administrativo y aplicativo por parte de los operadores; y la indicación por T. R.FERNÁNDEZ¹² –que alude, con este motivo, a un nuevo Derecho administrativo– de que su aplicabilidad a todos los procedimientos en que esté en juego sea el acceso sea el ejercicio de una actividad de servicios, que se infiere de su propósito omnicomprensivo (salvo excepciones tasadas), excluye la posibilidad, para los Estados, de eludir su disciplina¹³. Lo que equivale a reconocer implícitamente que la Directiva supone una verdadera inversión de la lógica de la actual policía administrativa de las referidas actividades, que de fundamentalmente preventiva pasa a ser esencialmente supervisora o de control *ex post*. Pero simplemente produciendo tal efecto (al dismantelar la policía administrativa preventiva como mecanismo general de armonización de los intereses públicos y los privados), en modo alguno induciendo y dirigiendo un proceso de sustitución de tal mecanismo (pues ninguna previsión significativa contiene que vaya más allá de la supresión de los controles *ex ante* como regla general).

¹⁰ LINDE PANIAGUA, E., «Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008, ejemplar dedicado a la directiva relativa a los servicios en el mercado interior, pgs. 35-46.

¹¹ Pues no basta con la simple eliminación del sistema de controles administrativos *ex ante*. Tal supresión requiere la regulación exhaustiva (legal y reglamentaria y en todas las instancias) de los requisitos de acceso y las condiciones de ejercicio de las diversas actividades. De conformidad con las estimaciones realizadas, la magnitud del impacto normativo de la transposición de la Directiva en España es muy importante, pues se evalúa –según se refleja en el dictamen 2/2008 emitido por el Consejo Económico y Social (citado en nota 5), en los siguientes términos: “En relación con la normativa potencialmente afectada por la Directiva, se han identificado alrededor de 7.000 normas y/o procedimientos potencialmente afectados por la Directiva que se han clasificado en 22 áreas sectoriales de actividad y que pasarán a ser evaluados. De ellos, alrededor del 15 por 100 corresponden a la Administración General del Estado. Desde el punto de vista de las normas estatales afectadas, 80 normas tienen rango de Ley y aproximadamente 370 son Reales Decretos. Además, resultarían afectadas alrededor de 500 Leyes autonómicas y cerca de 1.700 Decretos autonómicos. Por lo que se refiere a las áreas con mayor volumen de casos identificados, cuatro áreas representan casi la mitad de los casos identificados: medio ambiente, agricultura, comercio y salud».

¹² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2008, pgs. 189 y ss.

¹³ Sin perjuicio de que no vaya a llevarse por delante completamente los supuestos subsumibles en una razón imperiosa de interés general (en tanto que excepciones legítimas a la liberalización general que lleva a cabo, colocadas –eso sí– bajo la vigilancia del Tribunal de Justicia, a que corresponderá en lo sucesivo la decisión sobre su legitimidad).

El cambio radical en el orden normativo interno (y, por derivación, en el administrativo y el aplicativo) viene impuesto desde luego por los presupuestos que el marco general comunitario comporta para los sistemas nacionales de autorización: en primer término y de forma destacada, el principio de proporcionalidad como criterio decisivo de medida (al estar en juego libertades proclamadas en el TCE) e instrumento al servicio de la simplificación administrativa; pero también el carácter necesariamente reglado¹⁴ de cualquier régimen nacional de autorización; la ilimitación temporal de las autorizaciones; y la predeterminación de los principios de los procedimientos de autorización.

¹⁴ Con exclusión de la arbitrariedad; limitación de los criterios utilizables; prohibición de la duplicidad de controles, validez de las autorizaciones en todo el territorio nacional; postulación de la autorización automática; empleo de procedimientos electrónicos; implantación de la ventanilla única; y exigencia de motivación.

2 . La «recepción» de la Directiva y el planteamiento de su transposición

La Directiva no deja de ser, de otro lado, una manifestación más, de la dinámica «expansiva» adquirida por la integración supranacional europea en los últimos tiempos hasta su reciente ralentización como consecuencia, no en último término, de la apuntada crisis económica mundial. No puede sorprender así que allí donde se conserva mayor disposición para la salvaguarda de la identidad última del propio sistema estatal y, por tanto, capacidad crítica respecto a cuanto viene desde Bruselas hayan empezado a repuntar las dudas no sólo sobre la oportunidad, sino incluso la legitimidad de la dirección y el alcance mismos del proceso de integración en el que éstas se inscriben. Así, y según dio en su momento puntual cuenta la prensa alemana, en las sesiones públicas orales celebradas por el Tribunal Federal Constitucional alemán en proceso sobre la constitucionalidad de sendas Leyes federales de 8 de octubre de 2008 sobre la ratificación del Tratado de Lisboa y modificación de la Grundgesetz para la ampliación y el fortalecimiento de los derechos de la Dieta y el Consejo Federales en asuntos de la Unión Europea, respectivamente, alguno de los Magistrados (muy especialmente U. Di Fabio) plantearon –sobre la base de la doctrina sentada en la previa Sentencia sobre la ratificación del Tratado de Maastricht¹⁵– la cuestión de si no se ha ido ya demasiado lejos en la ampliación de las competencias supranacionales y, por tanto, si la evolución de la integración no ha tomado un rumbo que amenaza la libertad garantizada por el orden constitucional estatal. Si bien la Sentencia recaída el 30 de junio de 2009¹⁶ declara constitucional la ratificación del Tratado, declara también que la Ley para la ampliación y el fortalecimiento de los derechos de las Cámaras parlamentarias federales en asuntos de la Unión Europea infringe el artículo 38.1, en relación con el artículo 23.1, de la GG, en la medida en que no configura de modo suficiente y adecuado –según los criterios del Tribunal– los referidos derechos, con la consecuencia de no poder procederse al depósito del instrumento de ratificación del Tratado hasta que no entre en vigor la regulación –constitucionalmente exigible– de los derechos en cuestión¹⁷.

¹⁵ BVerfG 89, 115. Sentencia en la que el Tribunal se reservó el control sobre los siguientes límites a la construcción y el desarrollo de la UE: a) el principio de construcción interna federal proclamado en el artículo 20 GG; b) la garantía de la tutela material y procesal de los derechos fundamentales en los términos del artículo 19 GG; y c) el principio democrático en la construcción del edificio total resultante del proceso de integración.

¹⁶ BVerfG, 2 BvE 2/08. Esta Sentencia ha sido objeto ya de un primer comentario por M.CHITTlen El Cronista del Estado social y democrático de Derecho núm. 8.

¹⁷ Los motivos determinantes aducidos por el Tribunal pueden sintetizarse, en lo que aquí ahora interesa, así: i) la Constitución apodera para la participación en y el desarrollo de una Unión Europea concebida como asociación de Estados, que –no obstante su vinculación contractual– permanecen siendo soberanos, de modo que el orden fundamental de la Unión queda en la disposición completa de dichos Estados y en él los pueblos (los ciudadanos nacionales) siguen siendo los sujetos de la legitimación democrática; y ii) la unión europea basada en la asociación contractual de Estados soberanos no puede ser realizada de forma que a dichos Estados no reste suficiente espacio para la configuración política de las condiciones de vida económicas, culturales y sociales, lo que vale especialmente para los ámbitos que determinan las circunstancias de los ciudadanos –sobre todo el ámbito privado de responsabilidad propia y de la seguridad personal y social protegido por los derechos fundamentales– y para aquellas decisiones políticas que dependen en forma especial de presupuestos culturales, históricos y lingüísticos y que se desarrollan discursivamente en un espacio político público organizado partidista y parlamentariamente.

En claro contraste, parecida reacción no es detectable entre nosotros¹⁸, menos aún cuando aparentemente sólo se trata de decisiones o medidas concretas –que en realidad, como en el

presente caso, encierran un gran alcance— y siquiera sea para preguntarse por el futuro de la efectividad de los intereses generales en un Estado con cultura administrativa de policía «autoritativa». Nuestra doctrina científica —desde luego la que se ha pronunciado antes de haberse manifestado la actual crisis económica— no sólo ha aceptado por ahora sin mayor crítica, además de la transversalidad y consecuente amplitud del ámbito de aplicación de la Directiva, el alcance del marco jurídico general que establece y su enorme y penetrante impacto interno, sino que se ha mostrado favorable a su dictado con tales características¹⁹. Y menos aún se ha planteado, con todas sus consecuencias, la necesidad entre nosotros de una verdadera reconstrucción del Derecho administrativo y la Administración pública como condición de la operatividad de la policía administrativa de supervisión o *ex post*, ajena esencialmente a nuestra cultura administrativa práctica. Los análisis con claro enfoque crítico son hasta ahora, en efecto, rigurosamente la excepción²⁰.

¹⁸ Entre nosotros, por razones históricas político-económicas bien evidentes y aún actantes (aunque hayan empezado a perder fuerza con la consolidación del sistema democrático y el Estado autonómico y la dilución con el paso del tiempo del síndrome de nuevo socio; especialmente desde el paso de la condición de Estado receptor neto a Estado contribuyente neto), el juicio global favorable al proceso de integración europea viene favoreciendo —no sólo en el plano político y social— una actitud de principio «deferente» respecto de la evolución del proceso de integración europea y las decisiones tomadas en Bruselas (beneficiarios, quizás por falta de percepción de sus repercusiones sobre la vida individual y colectiva, del carácter de lo que viene dado y es ineluctable) y dificultando, por tanto, el desarrollo de una perspectiva crítica frente a aquellos proceso y decisiones.

¹⁹ Así, por todos, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (op. cit. en nota 12), tras exponer que la realización del mercado interior en la CE ampliada exige mucho más que lo hecho hasta ahora, manifiesta que «Exige revisar todas y cada una de las piezas menores que componen el complejo engranaje de todas y cada una de las economías nacionales; obliga a "cribar", como expresivamente dice la Directiva, las innumerables disposiciones de todo tipo de las que, fuera ya del ámbito de los antiguos servicios públicos a los que la Directiva no se refiere, resultan obstáculos para la libertad de establecimiento de los prestadores y para la libre circulación de los servicios...». Un estudio técnico riguroso de conjunto de la Directiva en: DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (Dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Ed. Marcial Pons, Madrid 2009.

²⁰ Es el caso DE QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «¿Quo vadis, Bolkenstein? ¿Armonización o desregulación?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2008, pgs. 237 y ss.), quien considera que —a pesar de lo que se expone en sus considerandos— la Directiva no es una norma que se limite a la supresión de obstáculos, yendo mucho más lejos en cuanto pretende someter a límites el establecimiento por los Estados miembros de condiciones al acceso y ejercicio de las actividades de prestación de servicios (con o sin establecimiento), independientemente de si se trata de condiciones que sean potencialmente susceptibles de tener efectos diferenciados (en la dimensión transfronteriza). Y, sobre ello, i) no suprime la pluralidad regulatoria causa de la supuesta distorsión de la libre competencia; y ii) somete las regulaciones de los Estados al estándar del principio de proporcionalidad, sin que ello suponga el establecimiento de un régimen jurídico armonizado para todo el territorio comunitario.

Dada la obligación de «ejecución» de la Directiva, pero debiendo cumplirse ésta ya en pleno curso recesivo de la economía, del Gobierno sólo podía haberse esperado prudencia y cautela. Sin embargo y como revela el recientemente aprobado proyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de actividades de servicios, ha optado, por el contrario, por una solución que, además de aprovechar intensivamente el marco comunitario en idéntica dirección, reincide en su enfoque transversal, no evita el posterior analítico por subsectores concretos²¹ y supone mayor riesgo de perturbación del orden constitucional y legal internos. Bien es verdad, sea dicho en su descargo, que a lo largo del proceso de elaboración de la solución elegida no ha recibido consultas con opiniones que, no ya contuvieran mínimas reservas sobre el planteamiento, el alcance o las consecuencias de la Directiva o comportaran reparos a la estrategia de su transposición, sino siquiera propiciaran una menor audacia a la hora de articular ésta. Si esto no puede desde luego llamar la atención —por la visión que su función le impone— en el informe emitido por la Comisión Nacional de la Competencia, es ciertamente más llamativo en el caso del dictamen 2/2008 del Consejo Económico y Social, en el que luce una preocupación no tanto por la Directiva misma y los términos de su transposición en España cuanto más bien por la intervención de dicho Consejo en el proceso de cambio normativo que de ella deriva. Pero lo es más aún en el del Consejo de Estado²², que no pasa de apuntes críticos sin mayores consecuencias a pesar de que constata²³ que el anteproyecto de Ley a él sometido adopta un enfoque muy amplio y «... va más allá en algunas de sus previsiones a la hora de restringir o eliminar las trabas a la libertad de establecimiento y libre circulación de servicios», de modo que «... los términos en que se contemplan esas posibles restricciones a la libertad de establecimiento o de prestación de servicios, son más estrictos que los de la norma comunitaria» y comporta riesgos

evidentes. Llegando, para conjurar alguno de los riesgos apreciados (concretamente el de que la estrategia adoptada no consiga la realización plena y tempestiva de «la magna obra de adaptar la Directiva comunitaria a un conjunto normativo extenso y heterogéneo»), a sugerir²⁴ la incorporación al texto de mecanismo facilitador de la tarea: el de delegación, de acuerdo con el artículo 85.2 CE, en el Gobierno de la facultad de modificar las Leyes enumeradas a tal fin con el único fin de adaptarlas a la Directiva. Esta inclinación por no entorpecer la opción gubernamental explica, pues, que la crítica que apunta al hablar de la «singularidad» de la transposición «en dos niveles»²⁵ quede inmediatamente desposeída, en la argumentación, de toda incidencia en la consulta evacuada.

²¹ Está prevista, en efecto y significativamente, una posterior «Ley ómnibus» o Ley de modificación de diversas Leyes para la adaptación de éstas a la «Ley paraguas», cuyo anteproyecto ya está redactado y ha sido conocido por el Consejo de Ministros.

²² Dictamen número 99/2009, de fecha 18 de marzo de 2009.

²³ Apdo. IV, b).

²⁴ Apdo. V, r). La sugerencia invoca el precedente de la Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas.

²⁵ Apdo. IV, a). Se dice literalmente en este apartado que: «... el anteproyecto examinado constituye una Ley abierta y flexible que se limita, en muchos casos, a reproducir, los preceptos de la Directiva, incorporándolos al ordenamiento a modo de grandes principios o mandatos de carácter general que habrán de inspirar la normativa que, en cumplimiento de lo previsto en la disposición final quinta y a fin de completar la transposición, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas, así como, en el nivel reglamentario, las Entidades Locales. De este modo, el proceso de transposición de la Directiva de Servicios no se agotará con la aprobación de esta norma, sino que deberá continuar con la adecuación del actual marco normativo de las actividades de servicios a lo establecido en la Directiva y en el propio anteproyecto, en todos los ámbitos sectoriales y territoriales. Ello es consecuencia, tal y como explica, la memoria justificativa, del concreto enfoque adoptado por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos a la hora de abordar la labor de transposición de la Directiva». Añadiéndose más adelante: «Pues bien, el Consejo de Estado no objeta esta forma de instrumentación de la transposición... Ahora bien, aun cuando el método de transposición por el que se ha optado no resulta en sí mismo objetable, no puede dejar de señalarse que esta peculiar forma de incorporación del Derecho comunitario a nuestro ordenamiento puede provocar ciertas distorsiones, tanto desde la perspectiva de la transposición misma de la Directiva, como desde la de su incidencia en nuestro Derecho interno».

II . La directiva y el orden comunitario

1 . La inexistencia de competencia comunitaria para la formulación de una política económica propia

El primero de los elementos fundamentales de la construcción de la actual UE –conviene recordarlo– es el de atribución a ésta de competencias concretas o singulares por cedidas por los Estados miembros en los sucesivos Tratados, con consecuente permanencia en dichos Estados de todas las demás resultantes de las correspondientes Constituciones (competencia estatal residual). Así resulta del artículo 5 TCE y lo tiene reconocido el Tribunal de Justicia desde la famosa Sentencia Costa/Enel de 1964²⁶, habiéndolo vuelto a hacer en las Sentencias MERCK de 1996²⁷ y Alemania c. Comisión de 2000²⁸.

²⁶ Sentencia de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa/E.N.E.L., C-6/64, Rec. p.01251.

²⁷ Sentencias de 5 de diciembre de 1996, Merck & Co. Inc. y otros/Primecrown Ltd. y otros, y Beecham Group plc c. Europharm of worthing Ltd. as. ac., C-267/95 y C-69/95, Rec. ps. I-06285.

²⁸ Sentencia de 5 de octubre de 2000, República Federal de Alemania/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C-376/98, Rec. ps. I-08419.

El principio significa que la UE debe contar para la adopción de cada acto jurídico con el correspondiente fundamento jurídico, sea expreso o cuando menos deducible en sede interpretativa del Derecho originario. Protege, por tanto, a los Estados miembros, en tanto que éstos retienen todo lo no cedido, frente a pérdidas no queridas de poder constituido (lo que equivale a proteger la integridad de las Constituciones mismas que determinan y distribuyen dicho poder).

Es cierto que el artículo 308 TCE apodera al Consejo, previa consulta al Parlamento Europeo, para

decidir una acción comunitaria incluso en ausencia de expresa atribución de competencia para ello, pero tal apoderamiento otorga cobertura a la correspondiente medida solo en la medida en que sea estrictamente necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad (arts. 2 y 3 TCE) y nada más allá de lo requerido por éstos. Por tanto, este apoderamiento no quiebra propiamente el principio, sino que más bien se inserta conceptualmente en él, por más que implique un riesgo cierto de ampliación competencial.

Pues bien, en materia de economía, el TCE –como resulta claramente de sus artículos 4, 98 y 99– no atribuye a la Comunidad Europea competencia propia alguna (exclusiva o compartida) para una acción del alcance de la Directiva Bolkenstein. El artículo 4 alude –en el marco de los principios generales– a las acciones de la Comunidad y los Estados miembros en este campo para alcanzar los fines del artículo 2, dejando claro que el resultado de tal doble acción (desarrollada cada una en su respectiva esfera competencial) ha de ser sustantiva y objetivamente una política económica respetuosa de determinados principios rectores y basada en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes. Políticas económicas que, por tanto, son plenamente estatales. Lo confirman los artículos 98 y 99, en cuanto asignan a la Unión Europea sólo la coordinación y la supervisión de las referidas políticas, pudiendo para ello, como mucho, dictar recomendaciones y orientaciones²⁹.

²⁹ No es de este momento el análisis en profundidad de la naturaleza y el alcance de la limitada y peculiar competencia «complementaria» atribuida a la Unión Europea en materia económica. Sobre el particular, véase, en nuestra doctrina, HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Ed. Tirant lo Blanch, monografías 402, Valencia 2006, pgs. 98 a 104; LINDE PANIAGUA, E., *La Unión Económica y Monetaria (Política económica y monetaria)*, en la obra colectiva Linde Paniagua, E. (Coord.), *Políticas de la Unión Europea*, Ed. Colex, Madrid 2008, pgs. 475 y ss.; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Las competencias de la Unión Europea* (I), en la obra colectiva Beneyto Pérez, J. M^a (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo I, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Pamplona 2009, pgs. 464 y ss.; y, en la doctrina, extranjera, MOUSSIS, N., *Access to European Union. Law, economics, policies*, 17ª ed. revisada, Ed. European Study Service, Bruselas, pgs. 128 y ss.; HARATSCH, A., KOENIG, CH. R., YPECHSTEIN, M., *Europarecht*, 5ª ed. renovada, Ed. Rohor Siebeck Tübingen 2006, pg. 411 y LAUREEN, F., *The Political Economy of European Integration*, Ed. Kluwer Law Internacional/European Institute of Public Administration, La Haya 1995, pgs. 63 y ss.

De esta suerte, la economía y, por tanto, la regulación de las actividades económicas que afecten a las libertades de profesión y empresa continúan inscritas (en los términos indicados) en el espacio político estatal regido por el orden constitucional interno, como confirman los artículos 16 y 86 TCE. Tanto más, por lo que hace a la libertad de empresa, cuanto que el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce ciertamente dicha libertad, pero de conformidad con el Derecho comunitario y con *las legislaciones y prácticas nacionales*.

El legislador comunitario es consciente desde luego de lo dudoso del terreno competencial que pisa. Y por ello:

a) *Presenta la norma como lo que no es*, al hablar una y otra vez de coordinación y aproximación, cuando lo que realmente verifica es, según ya se ha razonado, *una operación de intensa integración jurídica* que –al afectar al mercado interior en todas sus dimensiones y empleando una referencia comparativa de Derecho interno– equivale a una Ley básica y dista de ser una Ley de mera armonización, no se diga ya de coordinación.

b) Recurre, en último término (al amparo de lo que, de otro lado, ya es una costumbre o, mejor, una rutina), a la invocación del principio de subsidiariedad.

Pero ni siquiera este último principio, articulado justamente como antídoto al proceso supranacional de centralización y que se enmarca –de acuerdo con el artículo 5 TCE– en la regla de la actuación de la CE en todo caso dentro de los límites de las competencias que le están atribuidas y de modo que ninguna de sus acciones exceda de los límites de lo necesario para alcanzar los fines del TCE, puede ofrecer cobertura a la norma comunitaria. Pues opera en ámbitos en los que la CE tenga atribuida (en cualquiera de las formas, expresa o implícita, antes indicadas) competencia para actuar, pero ésta no sea exclusiva y entra en juego cuando y en la medida en que las acciones previstas no puedan ser alcanzadas a escala estatal con superior o, al menos, el mismo grado de eficiencia y respetando en todo caso el principio de proporcionalidad; condiciones estas que, de acuerdo con el protocolo a aquel principio referido, son cumulativas. Y, además, la actuación

comunitaria en él basada debe motivarse suficientemente (como resulta del art. 250 TCE; el código de conducta aprobado por la Comisión y las SSTJ de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido c. Consejo³⁰, y 13 de mayo de 1997, República Federal de Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo³¹).

³⁰ Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte/Consejo de la Unión Europea, C-84/94, Rec.p.I-05755.

³¹ Sentencia de 13 de mayo de 1997, República Federal de Alemania/Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C-233/94, Rec. ps. I-02405.

En el caso analizado no hay competencia sustantiva, ni tan siquiera compartida o concurrente, atribuida expresamente, no habiendo sido formalmente utilizado el artículo 308 TCE para preconstituir el necesario soporte competencial; y, sobre ello, la procedencia de la acción subsidiaria tampoco ha sido mínimamente motivada³². Pues no bastan a este último efecto:

³² El Considerando 116 de la Directiva dice literalmente lo siguiente: "Dado que los objetivos de la presente Directiva, a saber, la supresión de obstáculos para la libertad de establecimiento de prestadores en los Estados miembros y la libre prestación de servicios entre Estados miembros, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a las dimensiones de la acción, pueden lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos».

– Ni la mera invocación sea de las mayores complicaciones que supuestamente comporta la actuación por los Estados miembros, sea de «las dimensiones de la acción», pues –en cuanto a lo primero– si la actuación estatal es la procedente según el TCE, como se admite implícitamente, las complicaciones no pueden argüirse para incumplirlo, y –en cuanto a lo segundo– la denunciadas dimensiones son fruto justamente de la decisión comunitaria de política económica de cuya justificación se trata, y de una decisión basada, además, en la más que cuestionable afirmación de que los objetivos perseguidos por ella no pueden ser realizados mediante la aplicación directa de las libertades proclamadas en el TCE³³. Aparte de la inexistencia de cualquier estudio o justificación de las complicaciones que plantea la actuación estatal y su grado de dificultad.

³³ El considerando 6º de la Directiva dice textualmente lo siguiente: «La supresión de estos obstáculos no puede hacerse únicamente mediante la aplicación directa de los artículos 43 y 49 del Tratado, ya que, por un lado, resolver caso por caso mediante procedimientos de infracción contra los correspondientes Estados miembros sería, especialmente a raíz de las ampliaciones, una forma de actuar extremadamente complicada para las instituciones nacionales y comunitarias y, por otro, la eliminación de numerosos obstáculos requiere una coordinación previa de las legislaciones nacionales, coordinación que también es necesaria para instaurar un sistema de cooperación administrativa. Como han admitido el Parlamento Europeo y el Consejo, un instrumento legislativo comunitario permitiría crear un auténtico mercado interior de servicios». Pero la cuestión es justamente la de si la supresión de los obstáculos conforme a la estrategia y con los instrumentos diseñados «debe» ser llevada a cabo mediante una acción comunitaria de tal porte (concebida al margen y «a pesar» del reparto competencial con los Estados miembros) y, por tanto, la de si el TCE permite proceder así o, por el contrario, impone la aplicación directa de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios (libertades que no tienen el *status* de objetivos, sino precisamente de libertades) y su realización justamente a través del sistema de competencias comunitarias y estatales en el que reposa la Unión Europea. No basta, pues, la simple mayor complicación práctica que implica la actuación según el orden competencial establecido, ni el objetivo de su superación es subsumible en los fines de los artículos 2 y 3 TCE. El objetivo-fin lícito es únicamente el del mercado interior, pero para su realización prevé el TCE los medios de la coordinación y, en su caso, la armonización o aproximación de las legislaciones, no el que se ha utilizado.

– Ni la simple afirmación de que los objetivos perseguidos pueden ser logrados mejor con una legislación comunitaria, pues justamente la necesidad y la mayor idoneidad de la acción comunitaria son las que ha de razonarse suficientemente.

– Ni tampoco, finalmente, la mera aseveración del cumplimiento del principio de proporcionalidad, toda vez que tal cumplimiento requiere de suyo la verificación de los pasos que implica y, por tanto, la ponderación final cuya acreditación y resultado, respectivamente, están ausentes por completo. Falta ésta que en el presente caso resulta especialmente llamativa, en tanto que –como luego se verá– el contenido y el alcance de la Directiva ofrecen claros indicios de desproporción.

En definitiva, pues y consistiendo la motivación de la acción subsidiaria en la simple reproducción de lo dispuesto en el artículo 5 TCE, se está ante una aplicación meramente formal e inmotivada del principio.

2 . La competencia para la ejecución del Derecho comunitario en materia de economía

El segundo elemento constructivo básico del edificio comunitario está representado por el principio de ejecución del Derecho comunitario, como regla general, por los Estados miembros, de acuerdo, a su vez, con los principios de cooperación leal y de autonomía (en la doble vertiente institucional y procedimental que éste presenta). En el entendido que aquí la ejecución –en cuanto concepto comunitario– comprende el entero ciclo de la gestión pública, incluida la legislación.

El principio vale tanto para el Derecho originario y como para el derivado. Por tanto, cuando el Derecho comunitario originario es acabado y no precisa desarrollo, requiriendo únicamente observancia, es claro que –en el ámbito de sus competencias propias (aquí la ordenación de la economía)– su cumplimiento corresponde a los Estados miembros, sin intermediación de Derecho derivado alguno. Y así sucede, corroborando la conclusión alcanzada en el apartado anterior, con las libertades fundamentales al servicio del mercado interior, que deben ser simplemente respetadas u observadas (en términos de la prohibición en que se traducen). Pues lo que establecen los artículos 43 y 49 TCE directamente, aunque «en el marco de las disposiciones siguientes», es decir, de las relativas a las libertades de establecimiento y prestación de servicios del propio Tratado, es, en efecto, la prohibición de restricciones a tales libertades.

De donde se sigue *la competencia y la libertad de los Estados miembros para formular y desarrollar políticas económicas propias*³⁴ y, *consecuentemente, regular las actividades de servicios en el mercado sin otra limitación que la derivada de la prohibición de establecimiento de restricciones indebidas (en la dimensión transnacional de dicho mercado)*.

³⁴ En el marco de la coordinación y de acuerdo con la estrategia y las directrices comunitarias.

Es cierto que el artículo 47.1 y 2 TCE (y, por remisión a él, también el art. 55 TCE) autoriza al Consejo para, por el procedimiento previsto en el artículo 251 TCE y con la finalidad de facilitar el acceso a la prestación de actividades de servicios no asalariadas, la adopción de directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a dichos extremos. Pero esta previsión supone solo la modulación de las conclusiones hasta aquí alcanzadas; modulación, que en todo caso tiene un alcance limitado, pues las Directivas comunitarias de coordinación solo pueden llegar hasta donde lo hacen las mencionadas libertades fundamentales. Y, como resulta de los artículos 43 y 49 TCE éstas se mueven exclusivamente y, por tanto, *se agotan en el plano transnacional* o constituido por el establecimiento de «los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro» y la «prestación de servicios dentro de la Comunidad [por] los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación», respectivamente. Lo que quiere decir: la regulación del acceso al ejercicio de las actividades de servicios se produce a escala nacional, pero éstas *pueden ser coordinadas para facilitar la dimensión transnacional del uno y del otro, pero solo pueden serlo para ello*.

3 . La aproximación, coordinación u armonización de las normas nacionales

El artículo 47 (apdo. 2, 1ª y 3ª frases, en relación con el 55) TCE³⁵ es precisamente el fundamento competencial que aduce la Directiva. Pero tal fundamento sólo proporciona título, como acaba de comprobarse, para el dictado de Directivas de coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, dado que éstos retienen la competencia plena en materia de economía (arts. 98 y ss. TCE). Por lo que, equivaliendo a la armonización o aproximación a que se refieren los artículos 94, 95 y 96 TCE, a este tipo de acción comunitaria es aplicable la jurisprudencia establecida a propósito del artículo 95 TCE. Pues todos los preceptos del TCE atributivos de competencias de esta clase persiguen, en definitiva, una misma y única finalidad: la realización y el efectivo funcionamiento del mercado interior común.

³⁵ Junto, en el plano procedimental, con el artículo 251 TCE.

Es en este punto en el que incide la crítica ya citada de T. Quadra-Salcedo Janini³⁶, cuya convincente argumentación puede sintetizarse así:

36 Op. cit. en nota núm. 17.

a) El punto de arranque de la doctrina jurisprudencial pertinente puede situarse en la STJ de 24 noviembre 1993 (Keck y Mithouard)³⁷, que, en relación con la *libre circulación de mercancías*, dejó establecido que la apreciación de una obstaculización indebida del mercado interior requiere que la norma estatal en cuestión se aplique de forma desigual a los operadores internos (pertenecientes al Estado que ha dictado la norma) y externos (pertenecientes a cualquier otro Estado miembro). Lo que implica que sólo lo transnacional tiene relevancia comunitaria (para el objetivo del mercado interior común).

37 Sentencia de 24 de noviembre de 1993, procedimiento penal contra Bernard Keck y Daniel Mithouard, C-267/91 y C-268/91, Rec. ps. I-06097.

b) Se entiende así que, como declara la STJ de 8 de septiembre de 2005, Mobistar³⁸, referida ya a la *libre prestación de servicios*, sólo suponen restricciones u obstáculos ilegítimos a ésta aquellas medidas estatales que tengan como efecto hacer más onerosa la prestación procedente de los demás Estados miembros que la proveniente del propio Estado que dicta la medida, es decir, que comportan una discriminación entre aquélla y ésta³⁹.

38 Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Mobistar s.a/Commune de Fléron y Belacom Mobile s.a/Commune de Schaerbeek, C-544/03 y C-545/03, Rec. ps. I-07723.

39 La jurisprudencia del Tribunal de Justicia es amplia y constante a este respecto:—El concepto «restricción» utilizado por el TCE se refiere a las medidas que prohíben, obstaculizan o restan interés al ejercicio de la libertad de establecimiento o de la libre prestación de servicios (Sentencias de 5 de julio de 2007, Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica, C-522/04; 13 de diciembre de 2007, United Pan-Europe Communications Belgium SA y otros/Estado belga, C-250/06; 13 de diciembre de 2007, Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana, C-465/05; 17 de julio de 2008, Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa, C-389/05; 4 de diciembre de 2008, Jobra Vermögensverwaltungs-Gesellschaft mbH/Finanzamt Amstetten Melk Scheibbs, C-330/07; y 28 de abril de 1998, Safir, C-118/96; 8 de septiembre de 2005, Mobistar y Belgacom Mobile, C-544/03 y C-545/03; 28 de abril de 2009, Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana, C-518/06, que citan las anteriores de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94; 1 de febrero de 2001, Mac Queen y otros, C-108/96; 17 de octubre de 2002, Payroll y otros, C-79/01; 15 de enero de 2002, Comisión/Italia, C-439/99; 5 de octubre de 2004, CaixaBank France/ Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie, C-442/02; 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03; 26 de octubre de 2006, Comisión/Grecia, C-65/05; 13 de diciembre de 2007, Comisión/Italia, C-465/05; 13 de marzo de 2008, Comisión/España, C-248/06; y 17 de julio de 2008, Comisión/Francia, C-389/05).—Las libertades aludidas implican la eliminación de cualquier discriminación en perjuicio del prestador del servicio por razón de nacionalidad o el hecho de que esté establecido en otro Estado miembro diferente de aquél en el que debe ejecutarse la prestación, pudiendo una discriminación consistir únicamente en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (Sentencia de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri Ltd/Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan y Svenska Elektrikerförbundet, C-341/05, que cita las de 26 de febrero de 1991, Comisión/Francia, C-154/89; 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93; 22 de marzo de 2007, Talotta, C-383/05; 18 de julio de 2007, Lakebrink y Peters-Lakebrink, C-182/06; y 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania).

Como con acierto señala el autor al que se sigue ahora, tal declaración: i) presupone la necesidad de la concurrencia de un elemento de proteccionismo para la existencia de contradicción de una medida estatal con el TCE por razón de la prohibición de obstaculización de la libre prestación de servicios; y, por tanto, ii) permite y, al propio tiempo, impone (a los efectos de la apreciación de dicha contradicción) la clara diferenciación entre «obstáculos en general» (los que derivan inevitablemente de toda regulación sustantiva, pues ésta puede verse siempre por su destinatario como un obstáculo para el despliegue a su plena discreción de su acción) y «obstáculos a la libre prestación intracomunitaria» (los únicos que prohíbe en sentido estricto el TCE por su efecto proteccionista-discriminador). Pues lo que quieren evitar las cuatro libertades proclamadas por el TCE son los segundos, no los primeros (éstos restan completamente en el espacio competencial de los Estados). Y ello, porque son libertades al servicio del mercado interior-común y sólo de éste.

La consecuencia es obvia: las regulaciones estatales que se apliquen indistintamente a prestadores de servicios nacionales y los pertenecientes a los restantes Estados miembros y afecten del mismo modo, así, a la prestación nacional y supranacional de los correspondientes servicios no precisan (desde el punto de vista del Derecho comunitario) justificación alguna sea en la promoción de un objetivo legítimo, sea por razón del principio de proporcionalidad (de acuerdo, de nuevo, con el Derecho comunitario), pues directamente se excluye que puedan ser consideradas un obstáculo en el sentido del TCE.

c) Y se entiende igualmente que, en relación con la *libertad de establecimiento*, en sus conclusiones para la STJ de 5 de octubre de 2004, *Caixabank France*⁴⁰, el Abogado General Tizzano, haya dejado señalado que toda interpretación que considere una medida estatal no discriminatoria sujeta al artículo 43 TCE por la sola razón de reducir la conveniencia económica del ejercicio de una actividad tendría la consecuencia insostenible de permitir a los operadores oponerse a cualquier medida nacional que –por el mero hecho de regular modalidades de ejercicio de una actividad– puedan tener como efecto la apuntada reducción de la conveniencia de ejercicio. De modo que la interpretación misma debe conceptuarse como insostenible, ya que supone –y esto es lo que aquí más interesa– *utilizar el TCE para un fin que no le es propio*: no ya el de instaurar un mercado interior en el que rijan condiciones similares a las de un mercado único y en el que los operadores puedan circular libremente, sino el de *instaurar un mercado sin normas o, mejor, un mercado en el que las normas están, en principio, prohibidas, salvo que sean necesarias y proporcionadas para cumplir exigencias imperativas de interés general*.

⁴⁰ Sentencia de 5 de octubre de 2004, *CaixaBank France/Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie*, C-442/02, Rec. ps. I-08961.

El añadido por el Abogado General de la exigencia de que las regulaciones nacionales no condicionen directamente el acceso al mercado –exigencia debatida doctrinalmente y de más que dudosa acogida final no sólo en la concreta citada Sentencia, sino en la jurisprudencia misma– plantea la importante cuestión –no suficientemente tratada y aquí también de gran interés– de la relación entre las cuatro libertades proclamadas en el TCE y los derechos fundamentales. Sin perjuicio de tratar esta cuestión más adelante, es pertinente advertir que, como atinadamente observa T. Quadra-Salcedo Janini⁴¹ desde la perspectiva de su trabajo, la admisión de la referida exigencia supondría considerar que las libertades del TCE cumplen la función de preservar la libertad de comercio en general, siendo así que cumplen una función más modesta y, concretamente, la de la supresión del «proteccionismo económico» en el seno del mercado interior común. En efecto, *mientras que los derechos-libertades fundamentales tienen como finalidad la defensa del espacio propio de sus titulares frente a las regulaciones (todas ellas) de la libertad de empresa y, por tanto, de comercio, las libertades del TCE sólo persiguen la prohibición* (con control judicial de su observancia) *de aquellas regulaciones estatales restrictivas más onerosas para los operadores de fuera del mercado nacional respecto de los operadores de dentro de dicho mercado*; en modo alguno, pues, garantizar que cualquier intervención del poder público estatal en la economía quede sometido a control judicial como garantía de su legitimidad. Por ello es más plausible y conforme con la doctrina jurisprudencial la posición que se refleja en las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro en el asunto *Cipolla* y otros resuelto por la STJ de 5 de diciembre de 2006⁴²: i) es posible un marco de análisis único para las cuatro libertades; ii) la jurisprudencia comunitaria coincide en la apreciación de que sólo hay restricción prohibida de dichas libertades cuando la política nacional de que se trate dé lugar a un tratamiento de las situaciones transnacionales menos favorable que el dispensado a las situaciones nacionales; de modo que iii) con tal salvedad, los Estados tienen libertad para regular la actividad económica en su territorio, dado que la aplicación de las libertades no ha de desembocar necesariamente en una armonización normativa.

⁴¹ Op. cit. en nota núm. 17.

⁴² Sentencia de 5 de diciembre de 2006, *Federico Cipolla/Rosaria Portolese y señora de Fazari, Stefano Macriro y Claudia Capoparte/Roberto Meloni*, C-94/04 y C-202/04, Rec. ps. I-11421.

d) Es así la admisión por el Derecho comunitario originario de medidas estatales tanto de suyo legítimas por tener efectos indistintos, como ciertamente obstaculizadoras pero justificadas en un objetivo legítimo, la que remite al campo en el que es posible la coordinación, aproximación o armonización comunitaria de las legislaciones nacionales.

Las medidas obstaculizadoras en sentido estricto, en efecto, no están tanto prohibidas, cuanto relegadas a la excepción precisada de justificación⁴³. Respecto de ellas el Juez comunitario debe comprobar: i) la corrección de la ponderación estatal de los intereses en presencia para la comprobación, en concreto, de la real existencia de un interés «restringido» por la norma en beneficio de otro interés legítimo por ella perseguido; y ii) la proporcionalidad con la que la norma

estatal promueve la realización del interés por ella perseguido. La aplicación comunitaria del principio de proporcionalidad en esta sede comporta tres controles sucesivos de adecuación: el de la necesidad del sacrificio de un interés o, dicho negativamente, la inexistencia de un sacrificio innecesario (por razón del fin perseguido); ii) el de la inexistencia de alternativas menos gravosas; y, finalmente, ii) el que representa la proporcionalidad en sentido estricto: el de ponderación entre los intereses en presencia para la comprobación del prevalente.

43 Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en efecto, una restricción a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios puede aceptarse si responde a un objetivo legítimo compatible con el Tratado y se demuestra que responde a razones imperiosas de interés general, es adecuada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo (Sentencias de 4 de diciembre de 2008, *Jobra Vermögensverwaltungs-Gesellschaft mbH/Finanzamt Amstetten Melk Scheibss.*, C-330/07, Rec. ps. 0000; y 28 de abril de 2009, *Comisión/República Italiana*, C-518/06, Rec. ps. 0000, que citan las de 5 de junio de 1997, *SETTG*, C-398/95, Rec. ps. I-3091; 5 de diciembre de 2006, *Cipolla y otros*, C-94/04 y C-202/04, Rec. ps. I-11421; 13 de diciembre de 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium y otros*, C-250/06, Rec. ps. I-11135; 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, Rec. ps. I-11767; y 1 de abril de 2008, *Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon*, C-212/06, Rec. ps. I-1683). La Sentencia de 13 de diciembre de 2007, *Comisión/República Italiana*, C-465/05, Rec. ps. I-11091, ha resumido los requisitos que debe reunir una medida nacional para ser legítima (estar justificada) en los cuatro siguientes: aplicación de manera no discriminatoria, justificación por razón imperiosa de interés general, adecuación respecto del objetivo perseguido y proporción respecto de dicho objetivo.

En todo caso, la superación por las medidas estatales del test de la proporcionalidad impide considerar los «obstáculos» que prevean como prohibidos. Y, por ello, el TCE habilita para su supresión vía armonización legislativa. Sobre la base de esta habilitación, la jurisprudencia del TJ considera que la Unión Europea tiene competencia para armonizar si tiene por objeto:

1º. La mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior; lo cual ocurre –respecto de las medidas estatales obstaculizadoras justificadas en un objetivo legítimo– cuando contribuye a eliminar obstáculos entre los Estados.

2º. La mejora de las condiciones de ejercicio de las libertades, teniendo como efecto la reducción de las divergencias excesivas (en cuanto a los requisitos para el ejercicio de actividades) entre medidas estatales lícitas (es decir, productoras de efectos indistintos) que puedan tener como consecuencia efectos distorsionadores sensibles de la competencia. Aquí la armonización permitida por el TCE es la consistente en la eliminación de desigualdades de trato derivadas de la falta de uniformidad regulatoria en el mercado interior como consecuencia de la existencia de ordenamientos divergentes.

A la luz de lo expuesto, puede y debe convenirse también con T. Quadra-Salcedo Janini, por de pronto, en que la Directiva Bolkenstein no es una norma de coordinación, aproximación o armonización. En efecto:

– No es una armonización de normas estatales «obstaculizadoras» por razón de un objetivo legítimo (ni, consecuentemente y según la jurisprudencia comunitaria, que promueva el mercado interior común). La apariencia de tal que pudiera proporcionarle su prohibición a los Estados miembros del establecimiento de ciertos requisitos para el acceso al ejercicio de actividades de servicios⁴⁴, es desmentida por su sometimiento de las condiciones y requisitos que establezcan las normas estatales al principio de proporcionalidad; sometimiento, en el que más bien luce su condición de norma prefiguradora de un modelo de mercado. Pues semejante disposición lleva implícita más bien la admisión de la heterogeneidad de las normas nacionales: la exigencia de proporcionalidad garantiza sólo la necesidad y la compatibilidad de idoneidad con menor intervención, en modo alguno –por ser incapaz para ello– la ausencia de diversidad normativa con siquiera potenciales efectos distorsionadores; en otras palabras, por definición no puede tener por efecto la supresión de posibles distorsiones de la competencia generadas por aquella diversidad.

44 Susceptible de ser considerada como supresión de medidas con potenciales y sensibles efectos distorsionadores derivados de una pluralidad de normas estatales cubierta por el TCE.

– Pero tampoco responde a la afirmación por la jurisprudencia del TJ de que no cabe una acción normativa armonizadora cuyo efecto no sea justamente la armonización de disposiciones de los Estados miembros –lo que vale decir de disposiciones estatales previamente existentes– y tenga por consecuencia, en virtud de tal efecto, la promoción del establecimiento o el funcionamiento del

mercado interior (en este sentido, STJ de 5 de octubre de 2000, sobre publicidad del tabaco)⁴⁵.

⁴⁵ Sentencia de 5 de octubre de 2000, The Queen/Secretary of State for Health y otros, C-74/99, Rec. ps. I-08599.

Es cierto que esta doctrina se ha complementado (STJ de 10 de diciembre de 2002, sobre fabricación, presentación y venta de productos del tabaco⁴⁶) con la de admisión de la adaptación de la normativa comunitaria armonizadora en función de la evolución de las circunstancias o de los conocimientos científicos; lo que significa admitir la posibilidad de una regulación comunitaria en beneficio del mercado interior tras la realización de una primera armonización. Pero la Directiva considerada tampoco encaja en tal supuesto, pues no modifica –para su actualización– normativa comunitaria armonizadora alguna.

⁴⁶ Sentencia de 10 de diciembre de 2002, The Queen/Secretary of State for Health y otros, C-491/01, Rec. ps. I-11453.

No se está, pues, ni ante una norma armonizadora de concretas y diversas normas estatales preexistentes, ni ante una norma actualizadora de una armonización previamente cumplida.

4 . La proporcionalidad como criterio de medida de las normas nacionales

Todo lo anterior es tanto más grave cuanto que culmina en la inconsecuencia de la erección del principio de proporcionalidad, aplicado desde la absolutización del fin-objetivo genérico de *la* libre competencia en *el* mercado de las actividades de servicios (no en cada uno de los mercados de las diferentes actividades de servicios), en el criterio mismo de cualquier nueva regulación estatal en la materia por una norma comunitaria dictada sobre una versión diseñada a medida del principio de proporcionalidad y, por ello, claramente sin preocupación alguna por la verdadera proporcionalidad, lo que vale decir –en último término– la subsidiariedad por ella misma invocada. La suma de transversalidad (afectando a una gran variedad de actividades con características específicas) y planteamiento sintético *a priori* (desde el valor genérico de la libre competencia en el mercado en abstracto):

a) Impide de suyo a la Directiva: i) la debida identificación de los múltiples y variados bienes e intereses jurídicos que se hacen presentes en las diferentes actividades de servicios (los distintos subsectores del sector servicios, por emplear terminología económica) y de las relaciones específicas entre ellos –según su valía respectiva– en el seno de las mismas⁴⁷; ii) la determinación de la necesidad del sacrificio o restricción, así como del grado de uno u otro, de los bienes e intereses que deban ceder ante la libre competencia; iii) la comprobación de la inexistencia de alternativas igualmente idóneas menos excluyentes o compresoras de tales bienes o intereses; y, por tanto, iv) la ponderación final de todos los bienes e intereses que deban ser considerados. Lo que significa: le aboca desde y por su propio planteamiento a la desvirtuación completa del principio de proporcionalidad.

⁴⁷ Más allá de la asimismo genérica establecida, en términos de regla general prevalente y excepción a ella precisada de justificación, entre la libre competencia en el mercado y las razones imperiosas de interés general (en los términos admitidos en cada momento por la jurisprudencia del TJ), respectivamente.

b) Lleva, por ello, a la Directiva a dar por supuesto que, por el objetivo-fin que persigue, es proporcional todo cuanto establece. Pero precisamente lo que establece desacredita tal suposición. Pues, de un lado, otorga prioridad (art. 3) a las normas comunitarias ya establecidas sobre concretos sectores (admitiendo, así, la preferencia de las soluciones atendidas a las características de dichos sectores) y, de otro y como resulta de las justificaciones expuestas en los correspondientes considerandos, excluye o excepciona de su ámbito de aplicación (art. 2) toda una serie heterogénea de actividades sobre la base justamente de contar con una regulación comunitaria atendida a sus peculiaridades (servicios financieros y de comunicaciones electrónicas, por ejemplo; véanse Cdos. 18, 19 y 20) o simplemente de su especificidad o los valores o bienes que en ellos se hacen presentes (es el caso de los servicios sanitarios, el juego por dinero y los servicios sociales; véanse los Cdos. 22, 25 y 27), cuando no –lo que es incluso más expresivo de que se está, en definitiva, ante una decisión de política económica– sin dar razón alguna (cual sucede con algunos servicios económicos de interés general, en especial los transportes, los taxis, las ambulancias, los servicios portuarios y los audiovisuales; véanse los Cdos. 21 y 24).

5 . El resultado: la comunitarización de la regulación de una parte apreciable de las economías nacionales

Más importante aún que lo anterior es, con todo, que la Directiva, al tener el carácter de medida de política económica al propio tiempo desreguladora (para desarbolar la policía administrativa preventiva de las actividades de servicios establecida en sede estatal) y re-reguladora (para fijar un marco único disciplinador de la legislación estatal sustitutiva de la suprimida en virtud de la desregulación), comporta la *plena comunitarización de un ámbito en la disposición legislativa estatal (y, por tanto, en el espacio político interno de cada uno de los Estados miembros, gobernado por su respectivo orden constitucional) hasta ahora excluido, además, del directo y general control del juez comunitario*. Y tal comunitarización supone un hecho de primera importancia en tanto que tiene lugar en sede de la integración negativa (o política e intergubernamental) y no en la de la integración positiva (por obra del acervo comunitario consolidado fundamentalmente por la jurisprudencia del TJ)⁴⁸, tanto más cuanto que responde a una decisión política carente de una base competencial segura y no atendida en todo caso al bloque subsidiariedad-proporcionalidad, como ha quedado comprobado.

⁴⁸ Sobre los conceptos de integración positiva y negativa, véase SCHARPF, F., *Gobernar en Europa ¿eficaz y democráticamente?*, traducción al español de J. Alborés Rey, Ed. Alianza Editorial, Madrid 2000.

6 . Las consecuencias en los Derechos constitucionales nacionales

Las consecuencias son desde luego de largo alcance, profundizando y ampliando la significativa mutación en los órdenes constitucionales de los Estados miembros (desde luego en el nuestro) a las que viene induciendo el proceso de integración supranacional⁴⁹. Las normas nacionales referentes a buena parte de los mercados internos y con relevancia para los respectivos órdenes constitucionales (por su trascendencia para la configuración de las libertades de empresa y de profesión u oficio) van a quedar encuadradas y, por tanto, «encabezadas» por una norma comunitaria derivada que:

⁴⁹ Sobre este extremo, tempranamente, MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Ed. Alianza Editorial, Madrid 1993. Mas tarde también en *Constitución*, Ed. Iustel, Madrid 2004.

1º. Al amparo de una discutible interpretación del TCE impone, en su ámbito de aplicación y beneficiándose de la primacía del Derecho comunitario:

a) Primero *un determinado concepto de la libertad de empresa y de profesión u oficio, presidido y condicionado por las libertades comunitarias en términos que distan de ser claros*⁵⁰.

⁵⁰ La relación entre las libertades fundamentales al servicio del mercado interior establecidas por el TCE y los derechos fundamentales (concretamente las libertades profesional y de empresa) proclamados por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no se encuentra aún bien establecida. Téngase en cuenta que el artículo 52 de la segunda (relativo al alcance e interpretación de los derechos y principios) está lejos de contribuir a la claridad en la medida en que simultáneamente prescribe, en sus diferentes apartados y, por tanto, simultáneamente: i) la reserva a la Ley de cualquier limitación de los derechos-libertades reconocidos y el contenido esencial de éstos como límite a la Ley; ii) el ejercicio de los derechos-libertades –cuando éstos constituyan disposiciones de los Tratados– en las condiciones y dentro de los límites definidos por éstos; iii) la interpretación de los derechos-libertades –cuando correspondan a derechos garantizados por el CEPDH– en sentido y alcance iguales a los que les confiera dicho Convenio, sin perjuicio de una protección más extensa de los mismos por el Derecho la UE; iv) la interpretación de los derechos-libertades –cuando supongan reconocimiento de los resultantes de las tradiciones constitucionalmente comunes de los Estados miembros– en armonía con tales tradiciones; v) la aplicación por actos legislativos y ejecutivos comunitarios y de los Estados miembros de las disposiciones de la Carta que contengan principios, los cuales sólo son alegables ante un órgano jurisdiccional a los efectos del control de la legalidad de los referidos actos; vi) el mandato de consideración de las legislaciones y prácticas nacionales; y vii) el mandato de consideración por los órganos judiciales comunitarios y nacionales de las «explicaciones elaboradas para guiar la interpretación de la Carta». Todo apunta, sin embargo, a una determinación por las libertades del TCE del contenido y alcance de las libertades de la Carta que se correspondan con ellas. Así, para MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Artículo 15. Libertad profesional y derecho de trabajar», en MANGAS MARTÍN, A., (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Comentario artículo por artículo, Ed. Fundación BBVA, Bilbao 2008, pg. 326] «... la regulación del art. 15 queda fundamentalmente *encadenada* con las libertades fundamentales del mercado único. En efecto, la redacción del apartado segundo («todo ciudadano de la Unión tiene libertad para buscar un empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro») supone una incorporación de las actuales libertad de circulación de trabajadores (arts. 32-39 TCE), la libertad de establecimiento (arts. 43-48 TCE) y la libre prestación de servicios (arts. 49-55 TCE). La interpretación de este apartado segundo del art. 15 vendrá así *totalmente condicionada por la regulación que el propio Tratado realice de estas libertades fundamentales*. Ello es así porque, en aplicación de lo previsto en el art. 52.2, cuando los derechos reconocidos en la Carta se mencionan en otras partes del Derecho originario *habrán de ejercerse en las condiciones y dentro de los límites*

definidos por él. Por tanto, comoquiera que regulación de las libertades de circulación de trabajadores, de prestación de servicios o de establecimiento en el TCE –o en el TUE si entrara en vigor el Tratado de Lisboa– es bien concreto y teniendo en cuenta la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto es también amplia y perfectamente delimitada, *en la práctica no queda casi espacio para un ámbito de aplicación material propio o diferente del art. 15.2*» (la cursiva es nuestra). Y, respecto de la libertad de empresa y según el mismo autor (Artículo 16. Libertad de empresa, en la misma obra citada, pg. 336) «Además de las limitaciones generales derivadas de las disposiciones horizontales de la Carta en materia de ejercicio de los derechos (art. 52.1) o de interpretación en armonía con las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, cuando los derechos provengan de ellas (art. 52.4), teniendo en cuenta las legislaciones nacionales (art. 52.6), el propio art. 15 somete el ejercicio de la libertad de empresa a una importante limitación. Prevé expresamente que el reconocimiento de la libertad se hace de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. (...) Así las cosas, el contenido de la libertad de empresa no sólo vendrá establecido por el Derecho de la Unión, sino también por las legislaciones nacionales. Ello puede provocar, a nuestro entender, problemas interpretativos de entidad, además de representar un cierto riesgo para la aplicación homogénea de este derecho en el marco de la Unión. Con todo, *a pesar de esta remisión a las legislaciones y prácticas nacionales, parece claro que eventuales limitaciones a este derecho que introduzcan los Estados, en aplicación del Derecho comunitario, habrán de respetar en todo caso los requisitos fijados con carácter general por el art. 52.1*» (la cursiva es nuestra).

Se trata, en efecto, de un concepto que, al desbordar la lógica transnacional propia del mercado interior, cuestiona necesariamente el espacio para el juego (respetuoso con la dimensión transnacional del mercado) de las libertades de profesión y empresa en el mercado interno conforme al orden constitucional de los Estados miembros.

b) Y luego *una específica y general relación (articulada sobre la proporcionalidad) entre las expresadas libertades de empresa y profesión u oficio y cualesquiera valores o bienes generales o colectivos, es decir, intereses generales, con independencia y a pesar de la economía de los ordenes constitucionales internos*.

Y ambas cosas: i) por intermedio de la libre competencia y gracias a la «confusión» o, en términos de la Directiva, «reconciliación» entre las libertades proclamadas en el TCE y los correspondientes derechos-libertades fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados miembros (así como también en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea)⁵¹.

⁵¹ Este efecto luce en la interpretación que la Directiva hace del reconocimiento en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea de la libertad de empresa. En el Considerando 15 puede leerse: de un lado, que la Directiva respeta el ejercicio de los derechos fundamentales aplicables en los Estados miembros y reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero en los términos de «... las *explicaciones concomitantes que los reconcilian (¡sic!) con las libertades fundamentales establecidas en los artículos 43 y 49 del Tratado*» (la cursiva y la observación son del autor); y, de otro lado, que «Estos derechos fundamentales [los de las Constituciones y la Carta de la Unión] incluyen el derecho a emprender una acción sindical, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales que respetan el Derecho comunitario»; inciso final éste que no dice lo mismo exactamente (y el matiz es importante) cuando señala que la libertad de empresa se reconoce «... de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales» (la cursiva es del autor).

2º. *Somete directa e inmediatamente, así, a las normas nacionales a una referencia comunitaria que no responde al sistema constitucional interno y más bien prescinde del mismo*.

3º. Y *perturba el orden del control jurídico de decisiones inscritas en el espacio político interno* (por pertenecientes al poder público constituido no cedido), toda vez que –en su calidad de «ejecución» del Derecho comunitario– la última palabra sobre su regularidad (según el marco jurídico por ella definido y, a la postre, el principio de proporcionalidad) la pasa a tener el Tribunal de Justicia, sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional pueda llegar a conocer de su constitucionalidad y alcanzar (gracias a su colocación del Derecho comunitario fuera de su función) resultados distintos (los cuales, ante la obligación de cumplimiento del Derecho comunitario que pesa sobre el Estado, no podrían prevalecer).

Las consecuencias de la combinación de tales elementos, que desbordan –por su forma de producirse y su extensión– la dinámica de las mutaciones hasta ahora inducidas, son bien evidentes. Baste con considerar el efecto sobre el entendimiento interno –según jurisprudencia constitucional consolidada⁵²– de la libertad de empresa (art. 38 CE) como derecho constitucional sin contenido sustantivo concreto declarado directamente por la Constitución y, por tanto, de configuración legal ordinaria; el principio constitucional de subordinación de toda la riqueza en sus distintas formas y cualquiera que sea su titularidad al interés general (art. 128.1 CE); y la relación, en el sistema o unidad constitucional, entre aquélla y éste.

⁵² SSTC 115/1991, de 23 de mayo; 236/1991, de 12 de diciembre; 79/1992, de 28 de mayo; 117/1992, de 16 de septiembre;

80/1993, de 8 de marzo; 13/1998, de 22 de enero; 148/1998, de 2 de julio; y 33/2005, de 17 de febrero.

III . La transposición de la directiva: una desregulación con sello propio

1 . El planteamiento

Como ya se ha adelantado, el planteamiento y la estrategia del Gobierno para la «ejecución» normativa de la Directiva no pecan ciertamente de prudente circunspección, autocalificándose de ambiciosos por ir más allá de lo estrictamente necesario⁵³. En todo caso, entiende dicha ejecución como un proceso complejo que involucra las tres instancias básicas de la organización territorial del Estado⁵⁴ y que, en la general, pivota sobre dos piezas legales sucesivas e igualmente horizontales pero de técnica normativa diferente: la Ley sobre libre acceso a actividades de servicios y su ejercicio (conocida abreviada y significativamente como *Ley paraguas*)⁵⁵, de contenido y alcance generales, y la Ley de modificación de diversas Leyes para su adaptación justamente a la Ley anterior (conocida abreviada y también significativamente como *Ley ómnibus*)⁵⁶, cuyo contenido se agota en la suma de las modificaciones concretas que opera en las Leyes específicas a las que afecta⁵⁷.

⁵³ En la referencia del Consejo de Ministros del día 27 de marzo de 2009 se señala, a propósito de las dos primeras iniciativas legislativas emprendidas, que: «El Gobierno introduce, además, una reforma ambiciosa del sector, mas allá de la mera aplicación de la norma comunitaria, lo que supondrá un verdadero cambio en la cultura regulatoria en nuestro país». Y en el informe relativo a la Ley ómnibus a la que luego se aludirá, presentado al Consejo de Ministros en la misma sesión, se dice textualmente: «Se trata en definitiva de una **importante reforma estructural** que se aborda con un **enfoque ambicioso**, en línea con los compromisos adquiridos con el Plan E (Plan Español para el Estímulo de la Economía y el Empleo), y que constituye una pieza fundamental en la estrategia para la **recuperación y modernización de la economía española**» (la negrita figura en el original).

⁵⁴ En el informe sobre el anteproyecto de la llamada Ley ómnibus presentado al Consejo de Ministros celebrado el día 27 de marzo de 2009 se dice: «La aplicación de un enfoque ambicioso tendrá además el efecto de *facilitar en la misma línea las modificaciones que las Comunidades Autónomas y Entidades Locales realizarán*» (la cursiva es del autor).

⁵⁵ El pertinente proyecto de Ley ha sido ya aprobado en la sesión del Consejo de Ministros celebrada el día 27 de marzo de 2009, por lo que –habiéndose sido remitido a las Cortes Generales– se encuentra en trámite de aprobación parlamentaria.

⁵⁶ A la hora de redactar estas líneas se encuentra aún en fase de anteproyecto conocido ya por el Consejo de Ministros, al haberse informado a éste de su contenido en la misma sesión en que se aprobó el proyecto de Ley paraguas.

⁵⁷ Según el informe elaborado para su presentación al Consejo de Ministros, afecta nada menos que a 46 Leyes sobre diversas materias (para crear un «entorno» regulatorio *más favorable* y transparente) y, de modo consecuente con el planteamiento expuesto en el texto, persigue como objetivo no sólo la adaptación a la Directiva, sino también la realización de una ambiciosa e importante reforma estructural del sector servicios (el más importante de la economía española por relación al PIB y el empleo), de la que se esperan notables ganancias en términos de eficiencia, productividad y empleo. Siempre según el aludido informe, el anteproyecto:– Introduce *nuevas formas de control de la actividad* más eficaces pero menos gravosas para ciudadanos y empresas (sustitución de la autorización previa por meras *comunicaciones o declaraciones responsables* a la Administración; del control *ex ante* al control *ex post*).– *Elimina requisitos y otros obstáculos* existentes.– Otorga *validez en todo el territorio nacional* a diversas autorizaciones o habilitaciones para el ejercicio de una actividad.– *Simplifica procedimientos* administrativos (tramitación telemática, supresión de autorizaciones provisionales, unificación de trámites de apertura y funcionamiento).– Impone el *silencio positivo* como norma general. E– Introduce *principios de buena regulación* en la concesión de autorizaciones cuando su número es limitado. El mismo informe contiene el siguiente balance de las modificaciones legales pretendidas: Núm. Leyes que se modifican 46 Núm. regímenes de autorización que: Se suprimen completamente 16 Se sustituyen por comunicaciones/declaraciones responsables 28 Núm. requisitos que se eliminan 22 Núm. requisitos que se sustituyen por otros menos restrictivos 4 Núm. supuestos introducción principios Ley paraguas (concurrentia en concesión de autorizaciones limitadas, libre prestación, simplificación de procedimientos, silencio positivo, etc.) 23 Núm. supuestos validez general de la autorización o habilitación 10

No es, por tanto, que la ejecución interna, resignándose ante la obligación de la transposición, prescinda –en contra de lo que aconsejarían la hora presente y las características de nuestro sistema– de cualquier cautela, ni siquiera que se sitúe en estricta línea de continuación de la Directiva (atendiendo al menos, con proporcionalidad, a las características de los distintos sectores); es que, manteniendo intacta la creencia en la bondad intrínseca de la política que ésta postula, asume sin reservas su idea motora como política económica interna y prolonga en el interior, reforzándola, su lógica transversal⁵⁸. Desencadenando en él, por ello, una suerte de nuevo «proceso de ejecución de la ejecución»⁵⁹ dirigido a realizar las reformas sectoriales concretas que, de haber sido llevadas a cabo directamente (sin intermediación de la Ley paraguas) habrían permitido

satisfacer plenamente o, en todo caso, mejor las exigencias del principio de proporcionalidad al posibilitar la afinación y, en su caso, modulación de la doble operación de des- y re-regulación en función de las características del sector-mercado correspondiente. No siendo este lugar, ni existiendo razones tampoco para poner en cuestión –considerado en sí mismo– el objetivo económico perseguido, si parece posible señalar que la estrategia de la ejecución del Derecho comunitario aparece diseñada en términos que evocan un verdadero arbitrio reformador que, con idéntica lógica y sin otro cambio que la sustitución en sus posiciones respectivas de los valores retórica y genéricamente invocados, podría servir objetivos justamente inversos.

58 Incurriendo así en el mismo vicio de ignorancia de las exigencias del principio de proporcionalidad detectado ya en la Directiva, por más que obviamente la instancia comunitaria no parece que pueda reprochar nada, por tal motivo, a la estatal.

59 Que, aun impulsado y condicionado por la primera fase de la ejecución (Ley paraguas) debe desplegarse por las distintas instancias decisionales de la organización territorial del Estado, aunque se agrupe en la general-estatal en una compleja decisión «ómnibus».

Quizás pueda el objetivo perseguido (y los efectos esperados de su realización) justificar, en el terreno económico, el diseño de la estrategia sobre la opción que, por razón de sus características y ritmo de implantación, mayores riesgos comporta, pero lo mismo no puede decirse en el terreno jurídico, en el que –afectando dichos riesgos a la integridad del sistema jurídico-constitucional y administrativo propios– no cualesquiera fines pueden legitimar cualesquiera medios. Tanto más, teniendo en cuenta su incidencia en un Estado administrativo montado sobre la policía administrativa preventiva y básicamente inhábil (por carente de estructuras, medios personales, procedimientos y técnicas) para el desarrollo inmediato de una efectiva policía administrativa de supervisión y control *ex post*. Y la ausencia de preocupación –paralela a la de desmantelamiento de los controles *ex ante* – por la construcción de un sistema sustitutivo eficaz en la salvaguarda de los intereses generales.

2 . La medida clave: la llamada Ley paraguas

Por su enfoque, que la haría simple traducción de la Directiva si no fuera porque va más lejos que ella⁶⁰, al proyecto de la llamada *Ley paraguas* cabe hacerle el mismo reproche (y por idénticas razones) de descuido del principio de proporcionalidad que rige la política reformadora que ambas expresan⁶¹. Al que cabe añadir los de resultar en gran medida inútil (y, por ello, mas bien perturbadora⁶²) precisamente por reducirse en gran parte a reiterar en idioma propio⁶³ el marco jurídico comunitario y presentar, en ocasiones, deficiencias técnicas que hacen padecer la certeza y, por tanto, la seguridad jurídica⁶⁴.

60 A título de ejemplo, pero revelador y significativo, el inciso inicial del apartado 1 del artículo 5 del proyecto de Ley dispone: «La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen». Por tanto, no sólo se reitera el principio de libertad de acceso y ejercicio a las actividades de servicio conforme a la Directiva, sino que se convierte dicho principio en regla general de exclusión de cualquier régimen de autorización, transformando así éste en excepción que, además, debe cumplir las condiciones requeridas por la Directiva. Sobre la amplitud del enfoque y contenido del proyecto de Ley y los riesgos que comporta, véase el dictamen del Consejo de Estado en su apdo. IV, b).

61 Con mayor motivo aún que a la propia Directiva. Primero, porque –con independencia de su propia inconsecuencia con él– ésta erige dicho principio en criterio de las normas nacionales de trasposición, a las que obliga. Y segundo, porque –formando parte el aludido principio también del Derecho constitucional interno (al estar implícito en el artículo 9.3 CE), su fiel observancia habría permitido (al involucrar necesariamente el orden constitucional interno como un todo o sistema) soluciones no sólo más idóneas, sino resultado de una interpretación armonizadora e integradora del Derecho comunitario y el Derecho interno.

62 De productora de distorsiones habla el dictamen del Consejo de Estado, como ya nos consta (véase nota núm. 60). A esta crítica puede añadirse aún las de «escasa virtualidad normativa» e inidoneidad para asegurar por sí misma el éxito de la operación de transposición de que habla el dictamen del Consejo de Estado [apdo. IV, a)].

63 Salvando los aspectos en los que va más lejos que la Directiva en aras a la reforma estructural económica interna que postula. Para muestra vale un botón: ¿qué quiere decir exactamente el artículo 6.1 del proyecto de Ley cuando exige que los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones deben «darse a conocer con antelación»? Sobre este extremo, en el apdo. IV, b) del dictamen del Consejo de Estado se señala: «Desde esta perspectiva, no puede dejar de señalarse que la transposición de la Directiva de Servicios requiere, en algunos puntos, una formulación más ajustada a nuestro ordenamiento y a las categorías y conceptos propios de él».

64 Así, el artículo 6 del proyecto de Ley, al establecer el régimen general de los procedimientos, no sólo prescinde de los requisitos expresamente aludidos por la Directiva (y más pertinentes a su finalidad simplificadora y economizadora), sino que convierte indebidamente en procedimentales algunos que la Directiva sólo contempla en el plano sustantivo de los regímenes de autorización (así los de objetividad e imparcialidad, pues tales exigencias son referibles más bien al trato dado al solicitante y, en definitiva, a la decisión), establece otros que a todas luces o bien son innecesarios —y hasta, incluso, potencialmente contradictorios con los enumerados en el precepto, en tanto que resultantes de un propósito de «simplificación»— (como el de cumplimiento, en todo caso [sic!], de las disposiciones del procedimiento administrativo común) o bien son inadecuados (como, por ejemplo, el carácter reglado del procedimiento, trastocando, de nuevo, los planos procedimental y sustantivo; pero también la imparcialidad, la objetividad, la claridad y el carácter inequívoco), los articula en parejas que no contribuyen a la claridad y precisión jurídicas que se dice propugnar, al introducir criterios de control de las concretas ordenaciones procedimentales cuyo alcance no es fácil anticipar (pues ¿que quieren decir jurídicamente las combinaciones de «claro e inequívoco» y «objetivo e imparcial»?), salvo que se estimen redundantes en este plano), y, finalmente, formula uno en términos que no permiten discernir con certeza si se limita a precisar —para la materia objeto de regulación— el régimen común de la técnica del silencio administrativo (positivo) o si, por el contrario (como parece más plausible y debe sospecharse teniendo en cuenta que en el anteproyecto se decía aún que sólo podía entenderse desestimada una solicitud en los casos en que —por una razón imperiosa de interés general— así lo estableciera una Ley formal), está estableciendo un régimen específico del mismo para la materia de que se trata, alternativo del común. Al ejemplo anterior pueden aún añadirse otros, de entre los que cabe desatacar la confusa habilitación normativa que opera la disposición final 3ª del proyecto, la cual, de un lado, se dirige —cuando de las otras instancias territoriales se trata— directa e indebidamente a las correspondientes Administraciones públicas (al menos, en el caso de las Comunidades Autónomas), y, de otro lado, no deslinda los espacios competenciales de la instancia general y de las referidas instancias territoriales. En todo caso, cabe aducir la autoridad del Consejo de Estado, que, en su dictamen [apdo. V, r)], expone, al hilo de la disposición derogatoria, es decir, del impacto de la futura Ley sobre el ordenamiento existente, «Las dificultades inherentes a toda derogación tácita se acrecientan en este caso de manera considerable, ya que el tenor literal de los preceptos legales Hace extremadamente difícil determinar la existencia o no de la contradicción de la que se sigue la derogación». Y añade a esta observación las siguientes: i) la derogación tácita no es automática probablemente porque, de serlo, se produciría una situación de confusión normativa, pues la Ley proyectada no contiene regulación sustantiva aplicable a las correspondientes materias; y ii) la derogación incluye normas estatales, autonómicas y locales, siendo constitucionalmente cuestionable que el legislador estatal pueda disponer la derogación de las autonómicas y locales.

Al contrario que la Directiva, la iniciativa legislativa puede recabar, sin embargo y para su cobertura competencial, como efectivamente lo hace⁶⁵, título en principio tan consistente como el que resulta de la combinación de los números 1 y 13 del artículo 149.1 CE, en el entendido de que —en ausencia de una verdadera planificación en una economía abierta de mercado— la referencia a ella y a la coordinación puede entenderse comprensiva de la técnica de «regulación» de la actividad económica. La aparente solidez del título así invocado se desvanece, empero, ante:

65 La disposición final primera del proyecto establece: «Esta Ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.1ª, 13ª y 18ª de la Constitución Española». El dictamen del Consejo de Estado [apdo. V, s)] critica con fundamento la invocación del número 1º del artículo 149.1 CE como título habilitante para el dictado de legislación básica, destacando que —conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional— no se mueve dentro de la lógica de las bases estatales y atribuye más bien competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales; dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo en sentido estricto como si de unas bases se tratara. Afirma que más bien apodera para que el Estado condicione el ejercicio de las correspondientes competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes constitucionales.

- El contundente alcance del contenido prescriptivo del proyecto (en congruencia con el de la propia Directiva), que la apelación retórica a su carácter principal en modo alguno puede ocultar y que luce en la traída a colación igualmente —como no podía ser de otra forma, al traducirse en un replanteamiento del Estado «autoritativo»— de la competencia constitucional para el establecimiento del régimen básico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (art. 149.1.18 CE)⁶⁶. En ese contenido no aparece suficientemente diferenciado —a pesar de la indicación en tal sentido del Consejo de Estado— lo estrictamente básico (incluyendo la parte referente al régimen de las Administraciones públicas) de lo relativo a las condiciones básicas para la garantía de igualdad en el ejercicio de las libertades de profesión y empresa, cual resulta constitucionalmente exigible al basarse en títulos de alcance diverso. Pero, además, uno y otro aparece imbricado con el atinente al procedimiento administrativo común, que tiene, a su vez, un alcance propio.

66 Nótese, en efecto, que, aunque la iniciativa legislativa —al autocalificarse *in totum* de básica— no sea consciente de ello (lo cual añade un nuevo flanco a la crítica de que es merecedora), las determinaciones en materia de procedimiento administrativo que articula al servicio de la reforma estructural económica que propicia no son tanto básicas cuanto de ordenación plena del procedimiento común. Y debe tenerse en cuenta que el proyecto de Ley: a) Extiende el juego del principio de proporcionalidad al plano procedimental (art. 6.1). b) Convierte lo que en la Directiva es un mandato de garantía a los Estados miembros en un (desde el punto de vista competencial interno) cuestionable derecho subjetivo de los prestadores (art. 18.1). c) Uniformiza, a despecho de su carácter accesorio (de la materia sustantiva) y, por tanto, de manera cuestionable

desde el punto de vista del orden interno competencial, el Derecho sancionador en toda la materia (disp. adic. 5ª). Sobre este último aspecto llama indirectamente –a propósito del título competencial– la atención el dictamen del Consejo de Estado [apdo. V, s)]

Sin que, sea dicho también incidentalmente, luzca preocupación alguna no ya por la integridad del procedimiento administrativo común (que tampoco), sino por la lógica interna de éste una vez alteradas las coordenadas del referido, por su objeto, a actos de policía de actividades. Pues deja intocadas dichas coordenadas cuando el objeto sea también la policía pero, por ejemplo, de actos concretos (como el supuesto típico de las autorizaciones de construcción); supuesto este en el que, siguiendo el planteamiento del proyecto de Ley, procedería igualmente idéntica renovación de las repetidas coordenadas.

- El cuando menos discutible ajuste de tal contenido prescriptivo (el referido a la ordenación de las actividades de servicios) a las «medidas» que para el título estatal resultan de su reciente delimitación negativa como efecto de la última definición estatutaria de la competencia autonómica en la materia, siquiera sea a la luz del de referencia en el proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía que aún no puede darse por concluido: el catalán de 2006. Pues, además de las que igualmente se hace cargo en distintos sectores de relevancia económica, Cataluña ha asumido, según los artículos 11 y 152.2 de aquél, la materia de ordenación de la actividad económica como competencia compartida que le otorga, en toda ella, la legislación, la reglamentación y la ejecución precisa y únicamente en el marco de las bases fijadas como principios o mínimo común normativo legal formal. Téngase en cuenta que la desregulación que lleva a cabo el proyecto presenta la misma intensidad para el ordenamiento general-estatal, que para los ordenamientos autonómicos y, por supuesto, los locales y funcionales.

En todo caso, los términos en que, según se ha expuesto ya, la iniciativa «ejecuta» la Directiva suscita de suyo el problema de la mutación constitucional por esta última inducida. Pues su preocupación se centra en la trasposición y, por tanto, en el cumplimiento del Derecho comunitario, lo que significa necesariamente pretiriendo, si no orillando, cualquier reflexión no ya sobre la adecuación al orden constitucional sustantivo, sino incluso sobre el respeto de los límites derivados del reparto territorial interno del poder público (que el Derecho comunitario deja teóricamente intacto).

La amplitud del objeto de la Directiva y el alcance del marco jurídico que establece propician inevitablemente, en efecto y dada la relación directa entre la norma comunitaria y la estatal, la interpretación y el consecuente juego extensivos de los títulos competenciales constitucionales internos invocados, cuando menos hasta el límite en que lo demande la operación de trasposición. Y, a partir de ahí, más allá incluso, siendo así que, como ya se ha dicho, la iniciativa tiene alcance mayor de lo exigido por dicha operación.

El resultado final de todo ello es la confusión sobre el carácter, la posición y los efectos ordinamentales de la futura Ley, como se desprende sin más de las siguientes previsiones de su proyecto:

1ª. La simultánea i) derogación (con independencia, aparentemente, del ordenamiento –general, autonómico o local –al que pertenezcan⁶⁷) de «... cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido ...» en la futura Ley, si bien con conservación temporal (hasta el 27 de diciembre de 2009) de las disposiciones vigentes a su entrada en vigor que resulten incompatibles con determinadas de sus prescripciones (capítulos II, III, el artículo 17.1 del capítulo IV y los artículos 24 y 25 del capítulo V) [disp. derogatoria única]; ii) previsión diferenciada (por ordenamientos territoriales y funcionales) de la adaptación a la misma de cuantas disposiciones existan en dicho momento de su entrada en vigor y resulten por ella afectadas (disp. final 5ª); y iii) fijación de un régimen transitorio conforme a cuyo tenor los procedimientos de autorizaciones se tramitarán y resolverán por la «normativa vigente en el momento de la presentación de la solicitud» o la «normativa de aplicación» (expresión que engloba los términos en que, en virtud del juego y la efectividad de las prescripciones anteriores, se encuentre integrada dicha normativa en cada sector)⁶⁸, según que, respectivamente, hayan sido «iniciados» con anterioridad al momento de entrada en vigor de la Ley comentada o «... la tramitación y resolución se produce a partir del 28 de diciembre de 2009» (concepto el de tramitación que no es idéntico ni al de presentación de la solicitud, ni al de

inicio).

⁶⁷ El dictamen del Consejo de Estado [apdo. V, r)] señala ciertamente, pero se limita a ello, sin darle mayor trascendencia, que «... resulta constitucionalmente cuestionable que el legislador estatal pueda disponer la derogación de estas normas autonómicas».

⁶⁸ Exceptuando, sin embargo en este último caso y cuando los contenga, los requisitos que sean contrarios al artículo 10 de la propia Ley paraguas.

La combinación de derogación tácita (con los problemas que esta técnica lleva consigo⁶⁹), mandato-habilitación de adaptación y régimen transitorio no contribuye ni a la certeza del Derecho aplicable y, por tanto, a la seguridad jurídica, ni tampoco siquiera a la eficacia de la operación de transposición de la Directiva⁷⁰. Quizás por ello, el dictamen del Consejo de Estado haya sugerido⁷¹, a propósito de la adaptación y para conjurar los riesgos que aprecia en ella, el recurso a dos técnicas: la de la delegación legislativa⁷², por lo que hace al ordenamiento general, para la modificación de disposiciones con rango de Ley con la exclusiva finalidad de su adaptación a la Directiva (sugerencia que, por sí misma, da cuenta de la magnitud del impacto de ésta en nuestro ordenamiento); y, en lo que respecta a los ordenamientos autonómicos, la de la Ley de armonización centrada en el procedimiento a seguir para la ejecución del Derecho comunitario, fijando plazos estrictos y mecanismos de coordinación que permitan asegurar tanto el cumplimiento de esos plazos como la homogeneidad de los criterios que las Comunidades Autónomas utilizarán en el ejercicio de sus propias competencias.

⁶⁹ El dictamen del Consejo de Estado [apdo. V, r)] llama la atención sobre este extremo, afirmando —después de aludir a «las dificultades inherentes a toda derogación tácita»— que tales dificultades se acrecientan en este caso de manera considerable, ya que el tenor literal de los preceptos legales hace extremadamente difícil determinar la existencia o no de la contradicción de la que se sigue la derogación, añadiendo: «Ha de advertirse además que, de conformidad con lo establecido en el segundo apartado de la referida disposición, esa derogación tácita no es una derogación automática (al menos, no en todos los casos), por cuanto de lo dispuesto en dicho apartado se desprende que, aun cuando sean contrarias al anteproyecto y aun cuando éste sea una Ley posterior, mantendrán su vigencia las normas que no se ajusten a sus previsiones en materia de libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, libre prestación de servicios referida a los prestadores de otro Estado miembro, simplificación de procedimientos, comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas y actividades multidisciplinarias».

⁷⁰ El Consejo de Estado advierte en su dictamen [apdo. V, r)], en efecto, que «No cabe descartar, sin embargo, que el juego conjunto de estas previsiones no consiga asegurar que la magna obra de adaptar a la Directiva comunitaria un conjunto normativo extenso y heterogéneo, tanto por el rango de las normas que lo integran como por el origen de las mismas, se lleve a cabo con los mismos criterios y dentro del plazo exigido por la Directiva».

⁷¹ Apdo. V, r).

⁷² Ya utilizada en su día (Ley 47/1985, de 27 de diciembre, de bases de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas) para la incorporación del acervo comunitario al ordenamiento interno con motivo de nuestra incorporación a dichas Comunidades.

2ª. La también simultánea habilitación al Gobierno (en el ámbito de sus competencias) para el dictado de las normas reglamentarias de desarrollo y aplicación y a las «Administraciones públicas competentes» (no a las Comunidades Autónomas y las Administraciones locales) para, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las «normas de desarrollo y ejecución» (expresión esta en la que luce el equívoco sobre el carácter supuestamente básico de todo el contenido del texto legal⁷³).

⁷³ Equívoco, que —a la luz del dictamen del Consejo de Estado— puede sospecharse no es inconsciente y que puede llegar a tener consecuencias perturbadoras desde el punto de vista competencial sobre la integración del ordenamiento en su conjunto.

Queda así indeterminado el espacio que corresponde, respectivamente a la autorización y el mandato al Gobierno (en el seno de la propia instancia legisladora) y a la normación de desarrollo y aplicación sea autonómica, sea local. Y de evidencia la poca sensibilidad para con la lógica de la construcción territorial del Estado, pues es claro que el destinatario de la innecesaria habilitación a las instancias territoriales no es ni la Administración pública en el caso de las Comunidades Autónomas, ni una Administración pública ordinaria en el de las Entidades Locales⁷⁴.

⁷⁴ El dictamen del Consejo de Estado [apdo. V, r)] califica igualmente de innecesaria la habilitación de la disposición final tercera del proyecto de Ley y se sorprende igualmente de que tenga por destinatario las Administraciones públicas.

Estas instancias aparecen, sin embargo, correctamente aludidas en la disposición final 5ª del proyecto, cuando de lo que se trata es de articular el procedimiento para la dación de cuenta a la Comunidad Europea de las disposiciones territoriales, locales y de cualesquiera entes corporativos profesionales y otras autoridades públicas dirigidas a la adaptación a la propia norma legal estatal de las de su respectiva competencia.

3ª. La disposición de: i) la asunción por las Administraciones públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplan el Derecho comunitario relativo a los servicios en el mercado interior y la propia Ley paraguas, dando lugar a la sanción del Reino de España por las instituciones europeas, de las responsabilidades que se deriven del incumplimiento en la parte en que éste les sea imputable; y ii) la facultad de la Administración General del Estado para –garantizando en el pertinente procedimiento su audiencia– compensar la deuda así contraída por la Administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que le deba transferir, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (disp. final 4ª).

La innovación y el porte (con relevancia constitucional) de esta medida:

a) Son evidentes, toda vez que, hasta ahora, el legislador estatal se había limitado a abordar el problema sectorialmente y para determinar exclusivamente la asunción autonómica de la responsabilidad correspondiente⁷⁵, por más que existan también supuestos concretos en los que se ha establecido, además, el procedimiento correspondiente (en particular: la compensación con cargo a transferencias⁷⁶).

⁷⁵ Así, en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones; la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de modificación del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de aguas; y el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de estabilidad presupuestaria.

⁷⁶ En algunas Leyes se ha introducido ya entre Administraciones este procedimiento de compensación de deudas: la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social; y la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria.

b) Tienen reflejo, como no podía ser de otra forma, en el dictamen del Consejo de Estado⁷⁷, que, considerándola acertada: i) constata la inexistencia en nuestro ordenamiento de un mecanismo general permisivo de la repercusión de las consecuencias económicas de la responsabilidad del Estado (en cuanto miembro de la UE) por incumplimiento del Derecho comunitario⁷⁸; ii) rechaza que su previsión deba revestir carácter orgánico (a pesar de la opinión en tal sentido formulada en su informe sobre la reforma constitucional de 2006) sobre la base del alcance sectorial-concreto de la Ley paraguas y la existencia de precedentes asimismo sectoriales-concretos no cuestionados. La flexibilidad y generosidad interpretativas del Consejo de Estado son aquí, sin embargo, evidentes, pues el carácter transversal y la amplitud del ámbito de aplicación de la Ley paraguas hacen difícil la calificación de su efecto como sectorial –concreto, más aún si se considera la norma desde el punto de vista de su efecto acumulativo sobre el ordenamiento–.

⁷⁷ Apdo. V, s).

⁷⁸ Recordando que por ello mismo: a) En el Informe sobre Modificaciones de la Constitución Española, de 16 de febrero de 2006, apuntó la posibilidad de incluir en la reforma constitucional la remisión expresa a una Ley estatal de desarrollo de los supuestos de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho comunitario imputable a una Comunidad Autónoma y fijación del procedimiento de repercusión de dicha responsabilidad en ella, indicando que debería tener rango orgánico. b) Y en el posterior Informe de 14 de febrero señaló la posibilidad de dictado de Ley ordinaria reguladora de distintos mecanismos de garantía del cumplimiento de las obligaciones estatales de transposición del Derecho comunitario, concretamente las Leyes de armonización o la intervención estatal preventiva y sustitutiva.